

法学与法治建设  
研究文丛

孟庆瑜 主编

RESEARCH ON JURISPRUDENCE  
AND RULE OF LAW

4

L

# 家事诉讼比较研究

## ——以子女利益保护为主要视角

A Comparative Study  
on Domestic Litigation

——A Viewpoint from the Protection of Children

陶建国 著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

# 家事诉讼比较研究 ——以子女利益保护为 主要视角

A Comparative Study  
on Domestic Litigation  
—A Viewpoint from the Protection of Children

陶建国 著



## 图书在版编目(CIP)数据

家事诉讼比较研究:以子女利益保护为主要视角 / 陶建国著.  
—北京:法律出版社,2017  
(法学与法治建设研究文丛 / 孟庆瑜主编)  
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1402 - 4

I. ①家… II. ①陶… III. ①离婚—子女—婚姻家庭  
纠纷—民事诉讼—对比研究—国外 IV. ①D915.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 223900 号

### 家事诉讼比较研究

——以子女利益保护为主要视角

JIASHI SUSONG BIJIAO YANJIU

—YI ZINU LIYI BAOHU WEI ZHUYAO SHIJIAO

陶建国 著

策划编辑 陈 妮

责任编辑 陈 妮

装帧设计 马 帅

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 19.25

字数 290 千

版本 2017 年 10 月第 1 版

印次 2017 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1402-4

定价:53.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 《法学与法治建设研究文丛》

## 编 委 会

编委会主任 孟庆瑜

编委会成员(按姓氏笔画排序)

|     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|
| 王凤鸣 | 李 林 | 时建中 | 宋英辉 |
| 岳彩申 | 周叶中 | 郑尚元 | 孟庆瑜 |
| 姚建宗 | 姚 辉 | 蔡守秋 | 阚 珂 |

## 总 序

“完善和发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化”是党的十八届三中全会确立的全面深化改革的总目标。在实现这一总目标的过程中,法治发挥着至关重要的作用。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》进一步深刻指出,“依法治国,是坚持和发展中国特色社会主义的本质要求和重要保障,是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求”。因此,如何将国家治理的现代化目标与全面推进依法治国的战略布局相结合,实现国家治理的法治化,不仅是党和政府需要全面推进的重大改革任务,而且是广大社会公众,特别是广大法律、法学工作者必须积极参与的重大系统工程。正是在这样一个特定的时代背景下,河北大学国家治理法治化研究中心适时成立和运行,并成功获批为河北省高等学校人文社会科学重点研究基地。

河北大学国家治理法治化研究中心是依托河北大学人大制度与地方立法研究中心、河北省政府法治研究中心等学术机构,整合法学、政治学、经济学、社会学等多方面的科研力量创建的,与河北省人大常委会法制工作委员会、河北省人民政府法制办公室、河北省人民检察院和河北省高级人民法院等国家机关和法律实务部门之间已建立交流与合作长效机制。中心拥有一支政治素质高、业务能力强、富有团队协作和创新精神的专兼职相结合的学术队伍,主要围绕人大制度与地方立法、政府法治与政府执行力、社会治理与法治创新、京津冀协同发展与地方法治等方向开展科学研究、人才培养和社会服务等工作。迄今为

止,中心在课题研究方面,承担国家社会科学基金项目近10项,其中,中心负责人孟庆瑜教授主持承担的国家社会科学基金重点项目《京津冀区域生态环境协同治理政策法律问题研究》实现了河北省在该领域的突破;在决策咨询与服务方面,接受省人大法制工作委员会、省政府法制办公室、省人民检察院等部门委托,承担委托起草、专家论证、立法后评估、检察公信力测评等工作40余项;在学术交流方面,承办或协办第三届海峡两岸能源经济与能源法学术交流会、第六届中国农村法治论坛、第九届中国财税法前沿高端论坛、中国经济法学会研究会2015年年会等多次全国性学术会议。

《法学与法治建设研究文丛》是河北大学国家治理法治化研究中心创设的,由法律出版社负责出版的研究成果转化平台,着力对法学研究和法治建设方面的原创性或实用性成果予以资助出版,以期能为推进国家治理体系和治理能力现代化这一总目标的实现提供必要的理论支撑和决策参考。

河北大学国家治理法治化研究中心  
《法学与法治建设研究文丛》编辑委员会  
2015年12月

## 引 言

家事案件为涉及婚姻家庭方面的纠纷案件,归属于民事诉讼范围。家事案件的具体种类较多,主要表现为离婚案件、分居案件、监护权纠纷案件、探望权纠纷案件、抚养费给付案件、亲子关系案件、收养关系案件等。有的国家将遗产继承以及离婚后的财产分割案件也归入家事案件范围,但属于与身份关系有关的附随性案件。家事案件与普通民事案件有所不同,具有公益性、社会性和责任连带性的特点。家事纠纷的解决具有“前瞻型”特性,法官审理的重点问题不是如何化解此前的矛盾,也不单纯以追求当事人孰是孰非为目的,而是重在调整未来的人际关系,促使父母离婚或分居后继续维持与子女之间的关系,并能够在自主合作基础上履行子女抚养计划。而普通民事案件的解决属于“回顾型”,法官重在处理当事人之间已经发生的纠纷,并不对当事人的未来生活关系作出安排。

家事案件的特殊性要求国家对此类案件制定独特的审理规则,对此,一些国家制定了专门的家事案件程序法,指引法官正确适用司法程序。更为重要的是,各国通过修改家族法,为法官建立了审理家事案件的实体规范,甚至一些国家的家族法中针对家事纠纷特点建立了特别的程序规则。在司法机构的设置上,有的国家建立了单独的家庭法院,即使未建立单独家庭法院的国家,也在普通民事法院中设置了审理家事案件的法庭(仍然被称为家庭法院)。家事法官不仅需要法律专业知识,而且需要具备较丰富的社会阅历、人生经验,并掌握调解和交流的技术。

各国家族法或家事程序法均规定,家事案件的审理以未成年子女利益最大化为原则。家事纠纷涉及未成年子女利益的维护,国家必须在法律上以特殊方式对其进行倾斜性保护,法院不再使父母对其子女的自然权利成为各自主张的主要基础。传统上被置于首位的父母个人利益,同子女和社会利益相比较,几乎已放到了末位。为了贯彻子女利益最大化原则,各国在家族法中为司法者设置了审理家事纠纷的标准,例如,在监护权归属和变更、探望权行使方式、抚养费给付等方面要求司法者遵循一定的认定标准。但立法必然具有抽象性和滞后性,在适用这些实体法时,法官会根据个案情况在子女利益保护原则下对立法进行解释并作出裁决,随着岁月的流逝,各国积累了丰富的相关司法判例。

在程序法方面,国外注重未成年子女在程序中的地位,听取子女的意见。为了确保子女的利益不被侵害,要求即使离婚或分居的父母就监护权、探望权、抚养费问题达成合意,法官也必须对合意内容进行实质审查,以了解其内容是否符合子女的福祉。美国、韩国等国家规定在诉讼程序中,为了让离婚或分居的父母达成合理的子女抚养计划,法官有权命令当事人接受父母教育。在国外的家事诉讼程序中存在子女利益代理人制度,通过利益代理人维护其程序和实体上的权益,子女利益代理人不是单纯的程序代理人,其重要作用在于通过与子女交流,了解子女的意思表示,向法院提出纠纷解决的意见,使纠纷解决结果更加符合子女的福祉需要。家事案件依职权调查证据,实施证据调查者无论是法院人员还是社会机构工作人员,都必须在子女利益保护原则下进行证据调查,在向法院提交的报告书中,应当就如何解决纠纷以符合子女利益提出建议。在离婚或分居诉讼中,父母双方必须对子女抚养费给付问题作出安排或由法院作出裁判。一些国家制定了抚养费给付标准,但又允许法官在遇有特别情况时变更相关标准,各国在抚养费标准的变更方面形成了一些具有重要意义的司法判例,考察国外的这些判例,可以较好地了解国外法院在遇到离婚或分居的父母发生生活变化时,如何考量抚养费与子女利益需要之间的衡平关系。

家事案件与普通民事案件的不同还表现在法院判决的履行方面。作为普通民事案件,当事人自主履行判决确定的义务时,不需要国家或社会机构的介入或帮助,因为这种自动履行能够满足债权人的利益。而在家事案件中的探望权判决履行过程中,即使当事人主动履行判决,也还是存在依靠自身力量难以解决的一些问题。例如,探视子女的场所、子女的接送、探视过程中争议的处

理、探视过程中子女遭受暴力行为等,均需要第三方介入。在国外,法院针对探望权人存在暴力、虐待、酒精或药物依赖等情形,可以作出在第三人监督下探视子女的判决,这种判决的履行必然需要第三人的介入。对此,国外特别关注探望权判决履行的社会支援制度的建设,并因此形成了各具特色的支援机制。

总之,在子女利益最大化原则下,法院在家事诉讼中的功能发生了改变。在监护权、探望权、抚养费纠纷案件中,法院的作用不仅仅定位于当事人之间纠纷的解决,而更要对当事人以及案件所涉未成年子女的未来生活作出合理安排,有效维护家庭关系的稳定,促进未成年子女健康成长,并对当事人履行法院判决行为进行监督和调整。

鉴于法院在家事诉讼中的特别作用,国外的法院在解决家事纠纷过程中注重调解,为当事人提供接受咨询、教育、指导的机会。法院通过各种方法,消除父母间的对立,让其将子女福祉问题作为离婚或者分居时考虑的重点。在一些国家,法院内部设置家庭顾问(社会学、心理学、教育学家等),专职调解员,心理医师等职务,目的是在涉及子女利益案件中,通过家庭法院的专家或调解员为当事人提供法律咨询、进行调解或者为法院提供心理鉴定意见。然而,仅凭法院自身的努力是难以保障家事案件的审理和判决的履行能够满足保护子女利益之需要的,法院必须与不同的社会机构进行协作。因此,在德国、英国、美国、日本等国家,某些公共机关、社会团体甚至个人成为家事诉讼中法院的有力支援者,为法院审理纠纷或监督判决的履行提供有实效性的援助。

本书以子女利益保护为视角,选择在家事诉讼方面较成熟的国家为考察对象,重点研究这些国家家事诉讼中子女利益保护程序的运行样态,法官对家族法上涉及子女利益的条款如何适用以及相关判例的演变。在研究体系方面,本书涉及8个领域,包括家事诉讼中的证据调查、子女利益保护人制度、离婚诉讼中的父母教育、监护权纠纷的审理、探望权纠纷的审理、探望权纠纷判决履行的社会支援、子女抚养费的审理和执行、跨国送交子女案件的审理等。在研究方法上,注重对各国立法模式、制度内容、司法判例的演变等内容进行比较研究。在考察共同性的同时,挖掘制度上存在的主要差异。对于监护权、探望权、抚养费纠纷案件的审理机制,将结合各国家族法上的实体标准研究司法实务中的法律适用问题,通过相关判例了解司法者如何在此类纠纷中贯彻子女利益保护之理念。这一程序法和实体法相结合的研究方法,避免了仅从家族法等实体法角

度认知子女利益保护的意义,有助于从动态角度分析司法者如何适用和解释实体法,了解家族法立法和司法对离婚家庭生活的影响。

中国无论在家族法还是家事案件程序法立法方面尚不完善,例如,我国缺乏专门的家事诉讼程序法,婚姻法司法解释中有关家事案件程序规则的规定也非常少。再者,我国婚姻家庭立法中子女利益保护的表现明显缺失,例如,实体法上基本没有在子女利益最大化原则下就监护权归属和变更、探望权行使方式、抚养费标准的认定等方面制定指导法官司法的系列性标准。这致使我国目前在家事案件审理中,法官可能对子女利益的考量不足,即使一些案件的法官认识到了个案中保护子女利益的重要意义,但是由于家事法庭在内部人员配置、与社会机构的合作方面存在的问题,故而个案中的法官也往往觉得在保护子女利益方面无能为力。尽管在目前的家事诉讼审理制度改革试点活动中,一些法院也在做出一些新的尝试,比如,建立家事调查员制度、选任心理学家介入家事诉讼等,但由于尚缺乏全国统一的制度指引,各地在有关措施上仍然存在诸多问题。

本书的研究内容对我国建立和完善家事诉讼制度以及完善家族法立法具有一定的启示价值,有助于立法者了解国外家族法和家事案件程序法的立法特点,也为家族法以及家事程序法的理论研究者提供了系统性的参考资料,有助于研究者更全面、更深入地了解国外的理论、制度、司法实践的发展情况。

# 目 录

## 引 言 001

## 第一章 子女利益保护目的下的证据调查制度 005

### 一、英国家事案件调查官的证据调查 005

### 二、日本家庭法院调查官的证据调查 007

#### (一)家庭法院调查官选拔方式及其职责 007

#### (二)证据调查方法 008

#### (三)家庭法院调查官的意见 010

### 三、瑞典家事诉讼证据调查制度 011

### 四、韩国家庭法院调查官的证据调查 013

## 第二章 子女利益保护人制度 018

### 一、澳大利亚子女利益代理人制度 019

### 二、新西兰子女利益代理人制度 021

### 三、美国家事诉讼中子女利益代理人 024

#### 四、德国家事诉讼中子女利益保护人制度 026

(一)理论界对创设子女利益保护人制度的推动作用 026

(二)子女利益保护人制度的立法及进一步完善 028

(三)子女利益保护人制度的实务发展 030

#### 五、日本子女利益代理人制度 032

(一)程序代理人制度的特点 032

(二)建立程序代理人制度的必要性 034

(三)程序代理人制度上存在的问题 036

#### 六、奥地利家事诉讼中子女利益保护人制度 038

(一)奥地利家事诉讼程序特点 038

(二)子女利益保护人 040

### 第三章 离婚案件中的父母教育制度 042

#### 一、美国法院离婚诉讼中的父母教育 042

(一)加利福尼亚州离婚诉讼中的父母教育 043

(二)俄勒冈州离婚诉讼的父母教育 047

(三)其他州的离婚父母教育制度 048

#### 二、韩国离婚案件中的父母教育制度 050

(一)离婚程序中父母教育制度的成立过程 051

(二)父母教育项目的实施 053

#### 三、日本家庭法院的父母离婚教育 058

#### 四、奥地利离婚诉讼中的父母教育 059

(一)实施离婚咨询的条件以及环境 061

(二) 咨询的内容 062

## 第四章 监护权纠纷的解决及子女利益保护 065

### 一、美国监护权纠纷的审理与子女利益的保护 066

(一) 监护权纠纷的审理 066

(二) 确定监护权行使方式的标准 066

(三) 对带子女移居行为的司法规制 069

(四) 丧失监护权案件的审理方法 074

### 二、澳大利亚监护权纠纷的审理及子女利益的保护 075

(一) 澳大利亚家事诉讼制度概览 076

(二) 监护权归属的司法判断要素 078

(三) 子女与离婚父母居住方式的判断标准 080

(四) 法院对任意移居行为的处理方法 081

### 三、日本监护权争议的裁判及子女利益保护 081

(一) 监护权诉讼程序特点 081

(二) 审理监护权争议遵循的基本原则 084

(三) 决定监护权时考虑的具体因素 085

(四) 丧失或停止监护权的裁判标准 088

### 四、德国监护权纠纷裁判及子女利益的保护 091

(一) 监护权归属的判断标准 092

(二) 与监护权有关的其他争议审理方法 104

(三) 家庭法院对未成年子女的暂时保护措施 106

### 五、法国监护权归属之裁判与子女利益的保护 108

- (一) 监护权行使方式 108
- (二) 监护权争议的审理方法 110
- (三) 离婚后抚养扶助处分决定 112
- (四) 监护权委托或丧失的审理方法 114

## 六、瑞典监护权纠纷审理方法 115

- (一) 瑞典家事案件诉讼程序概览 116
- (二) 监护权争议审理方法 118
- (三) 子女的意思表示 121
- (四) 虐待未成年子女案件中法院对监护权的限制 123

## 第五章 探望权纠纷的解决及子女利益保护 125

### 一、美国探望权争议的处理及子女利益保护 126

- (一) 早期司法判例上有关探望权性质的讨论 126
- (二) 探望权的立法 127
- (三) 纠纷解决程序中探望权行使计划与子女利益的考量 129
- (四) 探望权的限制因素及子女利益的考量 131

### 二、澳大利亚探望权纠纷解决机制 134

- (一) 离婚后共同养育子女制度 135
- (二) 探望权纠纷的调解 136
- (三) 探望权纠纷的裁判 139
- (四) 确保探望权行使的措施 141

### 三、加拿大探望权纠纷的解决及子女利益的保护 143

- (一) 不列颠哥伦比亚州 143

(二) 安大略州 147

四、德国探望权纠纷解决程序中未成年子女利益的保护 150

(一) 探望权立法演变与未成年子女利益保护的强化 150

(二) 纠纷解决过程中法院对未成年子女利益的保护 153

(三) 对不履行判决者的强制执行 157

五、日本探望权纠纷的审理及子女利益保护 158

(一) 探望权纠纷处理程序特点 158

(二) 探望权的判例生成及学说上的观点 160

(三) 认可探望权但对探望方法进行限制的判例 164

(四) 出于子女利益的考量拒绝行使探望权的判例 166

六、法国探望权纠纷解决制度 169

(一) 法国探望权司法判例的发展 169

(二) 探望权立法的沿革 172

(三) 探望权纠纷的处理程序 173

第六章 探望权判决履行的支援制度 177

一、英国探望权判决履行的社会支援 177

二、美国探望权判决履行的社会支援制度 180

三、德国的探望权判决履行的社会支援 182

(一) 关于探望权行使支援的立法 182

(二) 探望权判决履行支援类型 183

(三) 支援措施 184

(四) 家庭法院的作用 185

(五) 费用负担 186

四、法国探望交流中心对法院的支援 186

五、日本探望权行使中社会机构的支援 189

(一) 家庭问题信息中心的探望权行使支援 189

(二) 创造安心联系的共同体的探望权行使支援制度 191

六、韩国探望权判决履行支援制度 192

第七章 离婚后子女抚养费的司法认定 197

一、美国夫妻离婚案件的未成年子女抚养费制度 198

(一) 抚养费计算和收取方式 198

(二) 抚养费收取机关的查找义务人制度 201

(三) 对不履行义务者的制裁措施 203

二、加拿大子女抚养费纠纷案件的审理 205

(一) 抚养费纠纷的审理及判决履行 206

(二) 法院对抚养费支付标准的变更 209

三、新西兰父母离婚时子女抚养费认定标准及其收取方法 211

(一) 新西兰的离婚诉讼 211

(二) 抚养费认定标准 214

(三) 抚养费的收取 215

四、日本子女抚养费审理及其强制执行 216

(一) 抚养费的审理及计算 216

(二) 抚养费的强制执行 219

(三) 未成年子女抚养费制度运行效果及其问题 221

## 五、韩国子女抚养费的裁判及国家援助制度 225

### (一) 抚养费的计算及其强制执行 226

### (二) 抚养费给付的国家援助制度 228

## 第八章 跨国诱拐子女案件的审理及子女利益的保护 232

### 一、英国跨国送交子女案件民事司法程序 234

#### (一) 诉讼程序的启动 235

#### (二) 子女下落搜寻程序 236

#### (三) 利用调解方法促成自愿送交子女 237

#### (四) 审理程序 239

#### (五) 重大危险抗辩条款的司法审查标准 241

#### (六) 子女的意思表示 244

#### (七) 探望权的实现 247

#### (八) 交还子女命令的作出及其执行 248

### 二、加拿大跨国交送子女家事案件的审理 251

#### (一) 诉讼申请及子女下落的搜寻 251

#### (二) 自愿送交子女程序 253

#### (三) 听取子女意见 254

#### (四) 拒绝送交子女理由的审查认定 255

#### (五) 探望权的实现 258

#### (六) 确保子女安全送交的措施 258

### 三、日本跨国送交子女案件民事司法程序 260

#### (一) 向中央机关的申请及其受理 261